

Os direitos adquiridos em face da Nova Constituição

MAURÍCIO AUGUSTO GOMES
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO — I-Introdução. II-O Poder Constituinte. III-Vigência, validade e eficácia. IV-A segurança jurídica. V-Direito adquirido. VI-A Nova Constituição. VII-Extensão da garantia. VIII-Conclusões.

I — Introdução

É tradição em nosso direito constitucional positivo a adoção do princípio da irretroatividade das normas jurídicas, expresso na seguinte oração: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"¹.

A Constituição Federal de 1988 também consagra, nos mesmos termos, o mencionado princípio, escrito no seu artigo 5.º, inciso XXXVI.

Contudo, é comum que por ocasião de uma nova ordem constitucional se questione sobre a persistência, legalidade ou constitucionalidade, diante da nova Constituição, de situações ocorridas na vigência do direito anterior, por ele reguladas, sejam elas direitos, deveres ou obrigações.

É nessa ocasião que se colocam em debate os chamados direitos adquiridos, provocando-se a manifestação do Judiciário no sentido de estabelecer, em última análise, qual a extensão do princípio da irretroatividade das normas jurídicas.

Nas linhas seguintes alguns aspectos da questão serão expostos — sem qualquer pretensão de inovação doutrinária —, somente com o objetivo de refazer abordagens que no momento atual, de início de aplicação de um novo texto constitucional, parecem-nos de alguma utilidade.

1. Com exceção das Constituições de 1891 e 1937, é o que consta, com idêntica redação, nas Constituições brasileiras de 1934 (art. 113, item 3), de 1946 (art. 141, § 3.º), de 1967 (art. 150, § 3.º) e de 1969 (art. 153, § 3.º).

II — O Poder Constituinte

O poder de constituir a sociedade política juridicamente organizada que se denomina Estado, por meio de uma Constituição escrita ou não, é chamado "Poder Constituinte".

Na doutrina, muito se discute a respeito da natureza do Poder Constituinte — questionando-se se é um poder de fato ou um poder de direito —, assim como sobre sua titularidade. Importância maior tem a classificação que a doutrina faz do Poder Constituinte em originário e derivado.

O Poder Constituinte originário, também chamado de inicial ou inaugural, é aquele que por primeiro organiza juridicamente o Estado através de uma Constituição, vez que se pode considerar juridicamente como formação de um novo Estado a instauração de uma nova ordenação constitucional num Estado preexistente, ainda que mantidos inalterados, seus elementos essenciais, tais como o povo e o território². O Poder Constituinte derivado, também chamado de constituído ou instituído, é aquele que somente existe por criação do primeiro, agindo no sentido de reformar ou aperfeiçoar a Constituição.

Ser inicial, autônomo e incondicionado, constituem características do Poder Constituinte originário, o que significa que, como poder que organiza inauguralmente o Estado, é soberano e não tem qualquer limite jurídico à sua ação de organizar juridicamente o Estado.

Por sua vez, o Poder Constituinte derivado, é secundário, dependente e condicionado, o que significa que, como poder criado pelo Constituinte originário, existe e somente pode atuar nos moldes e limites estabelecidos por seu criador, que costuma atribuir-lhe somente competência limitada para a reforma do texto constitucional.

É certo que, conforme já fora bem observado³, é possível identificar, ainda que de maneira tênue, limitações ao Poder Constituinte originário, como ocorrido com as Assembleias Constituintes autoras das Constituições brasileiras de 1934 e 1946 e das Constituições italiana de 1947 e portuguesa de 1976.

Tal fato, porém, não o descaracteriza como Poder Constituinte originário, mesmo porque, no mais das vezes, as limitações mencionadas mais se dirigem ao funcionamento das Assembleias Constituintes, como aconteceu com a que produziu a Constituição Federal brasileira de 1988, vez que a Emenda Constitucional n.º 26 à Constituição de 1967, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte (art. 1.º), além de estabelecer que o Presidente do Supremo Tribunal Federal a instalaria e presidiria a sessão de eleição de seu Presidente (art. 2.º), dispôs que o seu **quorum** de deliberação seria o da maioria absoluta (art. 3.º), exigidos dois turnos de discussão e votação.

Importa, pois, frisar que a manifestação do Poder Constituinte originário, embora possa estar limitada pelos condicionamentos políticos e sociais do contexto em que se realiza, não encontra quaisquer limites jurídicos, inclusive no tocante à ordenação jurídica anterior e vigente no Estado que experimenta a instauração de uma nova ordenação constitucional, nos casos de formação derivada de novos

2. Cf. SANTI ROMANO, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, trad. de Maria Helena Diniz, Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1977, págs. 250/259.

3. Cf. RAUL MACHADO HORTA, *Reflexões sobre a Constituinte*, Rev. de D. Público, vol. 79, págs. 16/19.

Estados, pois constituem seus traços característicos os atributos da autonomia e incondicionalidade.

Conseqüentemente e considerados os característicos próprios do fenômeno de que aqui se trata, pode-se seguramente afirmar que, por princípio, ao atuar, o Poder Constituinte originário não deve qualquer respeito a situações jurídicas ou direitos adquiridos sob a vigência da ordenação jurídica precedente, persistindo aqueles somente se o Constituinte assim dispuser e, mesmo assim, dentro dos limites que estabelecer.

III — Vigência, Validade e Eficácia

As normas jurídicas são proposições prescritivas válidas ou inválidas com relação a um dado sistema jurídico, considerando-se válida a norma produzida pelo órgão competente, segundo procedimento previsto em norma superior.

Por outro lado, a eficácia relaciona-se à geração de efeitos jurídicos, efetiva ou potencialmente, ou seja, a eficácia da norma decorre de sua aptidão para produzir efeitos jurídicos, sendo eficaz se ostentar tal aptidão independentemente da efetiva ocorrência ou não dos efeitos próprios.

A vigência, por sua vez, diz respeito à capacidade da norma de reger situações, por ter a qualidade de estar pronta a irradiar efeitos jurídicos assim que aconteçam os fatos hipoteticamente nela previstos, segundo as condicionantes de tempo e de espaço.

Destarte, não se confundem vigência e aplicação das normas jurídicas, pois, assim como norma vigente pode não ser aplicável, pode-se aplicar normas que não mais estão em vigor, tudo dependendo daquelas condicionantes. Mas a aplicação das normas jurídicas relaciona-se com a eficácia, porque a reiterada falta de aplicação de determinada norma jurídica significa sua inoperância para produzir conseqüências jurídicas às situações de fato nela previstas, o que equivale à sua ineficácia⁴.

Deste modo, a eficácia é, como ensina Kelsen, condição de validade da norma jurídica, no sentido "de que uma norma jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular já não são consideradas válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade"⁵.

Revela-se, assim, a íntima ligação da validade com a eficácia ou aplicação da norma jurídica, que se limita no tempo e espaço e, ainda, com campo de validade limitado a um domínio pessoal e material. A eficácia da norma aqui significa a

4. Tudo conforme PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, págs. 45/50.

5. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 4.ª ed. da tradução portuguesa por João Baptista Machado, Arménio Amado — Editor, Sucessor, Coimbra, 1979, pág. 297.

possibilidade de ser aplicada e nisto aproxima-se da validade, pois o mínimo de eficácia é condição de validade da norma jurídica.

A validade, por seu turno, é uma relação entre normas, posto que a caracterização de uma norma como válida se faz pela constatação de ter sido produzida pelo órgão ou agente competente, segundo procedimento juridicamente previsto, tudo em conformidade com norma superior, exigindo-se, ainda, um mínimo de eficácia.

Da permanente exigibilidade de vinculação de uma norma jurídica inferior a uma norma superior, que representa seu suporte de validade, decorre o sistema escalonado das normas jurídicas, que tem na sua parte rasteira as normas individuais e no seu ponto mais alto a Constituição. Partindo verticalmente das normas inferiores para as superiores percebemos que as primeiras encontram seu suporte de validade nas seguintes e assim sucessivamente até a Constituição e esta também encontra seu suporte de validade na norma hipotética fundamental — que não é posta, mas pressuposta —, que determina que devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz⁶.

As normas constitucionais, pois, gozam de supremacia perante as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, as quais estão em posição inferior em relação àquelas. Sendo assim, somente existem e têm validade no sistema jurídico as normas inferiores que encontrarem suporte de validade, direta ou indiretamente, na Constituição.

A exigência de conformidade das normas inferiores, desde as normas individuais até as normas gerais e abstratas, à ordenação constitucional envolve tanto o aspecto formal, do procedimento de produção e competência para produzi-las, quanto o aspecto material, atinente ao conteúdo mesmo das normas, suas disposições propriamente ditas, de tal modo que, para efeito de validade, se pode afirmar que se exige compatibilidade absoluta das normas inferiores às normas constitucionais.

IV — A Segurança Jurídica

O Direito é o complexo de normas jurídicas que regulam a vida em sociedade, tendo a finalidade, neste enfoque, de regular as condutas humanas nas suas relações intersubjetivas e de possibilitar a decisão dos conflitos que surgem em virtude dessas relações.

Nesse contexto é que se destaca a questão da segurança jurídica, pois, a eficiência do Direito como instrumento regulador das condutas humanas nas suas relações de intersubjetividade depende da estabilidade da ordenação jurídica, de seus princípios informadores e institutos fundamentais, o que coloca tais aspectos como valores prestigiados pela ordenação jurídica dos Estados contemporâneos.

Prestigia-se o valor da segurança jurídica com a finalidade de evitar as perturbações sociais que a instauração interminável de conflitos pode provocar, bem como possibilitar a solução deles de maneira menos traumática à sociedade.

É o que se encontra nas lições de Miguel Reale⁷, quando afirma que "a regra jurídica deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um

6. Cf. KELSEN, ob. cit., págs. 298 e 309/326.

7. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 2.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1957, vol. II, pág. 527.

desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados".

Prossegue o autor dizendo que existe "sempre um valor iluminando a regra jurídica, como fonte primordial de sua obrigatoriedade. Todo o ordenamento jurídico de um povo origina-se de valores, e deles recebe seu sentido e significado. Se tirarmos do Direito civil ou do Direito penal a força axiológica que os sustém, será impossível compreender satisfatoriamente o problema da normatividade. Lembrar-se-á a existência de leis puramente coercitivas, válidas em virtude do Poder de que emanam, mas não é menos verdade que o simples fato de existir uma regra jurídica já representa, apesar dos pesares, a satisfação de um mínimo de exigência axiológica: a da ordem ou da segurança, condição primordial do Direito, mesmo para que seja possível preparar-se o advento de outra ordem mais plena de conteúdo estimativo".

Imperativo da segurança das relações jurídicas, a certeza do direito afigura-se como indispensável à convivência social organizada no Estado, mesmo porque a "certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica".

Realmente, como ensina o Prof. Geraldo Ataliba, o direito é por excelência instrumento de segurança, sendo ele "que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o direito é objetivamente um e que os comportamentos do estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam".

Consoante o exposto, a ordenação jurídica para que cumpra sua finalidade de regular a vida social não prescinde de uma segurança. Conseqüentemente, a aplicação do direito deve se fazer segundo certos princípios e valores, dentre os quais o do respeito aos direitos adquiridos, pois é exatamente assim que o direito cumpre seu papel de revelar a certeza e segurança nas relações sociais.

V — Direito Adquirido

Segundo a definição da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6.º), adquiridos são aqueles "direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".

A concepção dos direitos adquiridos entronca-se com a doutrina da irretroatividade das leis. Entende-se que o direito existe para regular situações presentes ou futuras, não devendo o direito novo incidir sobre situações ocorridas na vigência de direito anterior, especialmente quando por este reguladas e já consolidadas. Assim, uma lei nova que venha a tratar diferentemente de mesma hipótese tratada em lei anterior não se aplica a estes, mas somente aos casos futuros.

Deve-se, por outro lado, distinguir as chamadas situações jurídicas gerais, cujo conteúdo é idêntico para todos os indivíduos, das situações jurídicas individuais, cujo conteúdo pode variar de um para outro titular⁸, posto que com relação às

8. Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, ob. cit., pág. 73.

9. GERALDO ATALIBA, República e Constituição, Ed. Rev. Tribunais, São Paulo, 1985, págs. 156/157.

10. Cf. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1981, págs. 106/111.

primeiras ocorre a imediata aplicação das alterações legislativas, sendo plenamente mutáveis pela inovação que venha a alcançá-las, ao contrário das segundas que mantêm a imutabilidade das situações constituídas anteriormente, mesmo diante de nova legislação que regule de modo diverso a hipótese.

No que diz respeito aos chamados direitos adquiridos, o que se coloca em questão é a exclusão da aplicação da lei nova a situações que não apenas ocorreram na vigência da lei anterior, mas também foram por esta reguladas, o que significa a sobrevivência dos efeitos da lei anterior mesmo diante da vigência da lei nova que regula a mesma matéria.

Trata-se de situação produzida, mas sem consumação, no passado e que tem seus efeitos qualificados para persistirem mesmo quando contrariados por legislação superveniente. Quando se fala em direito adquirido, pois, fala-se na consequência de um fato aquisitivo do direito, que se realizou por inteiro, não se fala, pois, das situações jurídicas consumadas por inteiro, pois, com relação a elas, o que se aplica é o princípio da irretroatividade simplesmente.

Sendo assim, não se pode confundir o direito adquirido com o direito totalmente consumado, pois, tratando-se de direito consumado já houve a produção de todos os seus efeitos, ao passo que o direito adquirido assim permanece, embora venha a gerar consequências após e mesmo ao tempo em que já impera a eficácia de lei modificadora.

Distinguem-se, todavia, o direito adquirido da expectativa de direito e das meras faculdades legais. Com efeito, "enquanto o direito adquirido é a consequência de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro, a expectativa de direito, que traduz uma simples esperança, resulta de um fato aquisitivo incompleto. A faculdade legal traduz um poder concedido ao indivíduo pela lei, do qual ele não fez ainda nenhum uso".

Advirta-se, porém, que é necessário que o fato gerador do direito, para que se o tenha como adquirido, tenha decorrido por inteiro. Além disso, para que se possa dar o direito como adquirido é indispensável a sua integração ao patrimônio do sujeito.

Consoante se extrai da norma citada e da doutrina dominante, os direitos adquiridos são os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do sujeito que é seu titular, neles incluindo os já realizados e os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, bem assim os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. Conseqüentemente, a lei nova não pode atingi-los sem retroatividade.

VI — A Nova Constituição

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou o princípio da imunidade dos direitos adquiridos aos efeitos de legislação contemporânea ou futura, através da inserção da cláusula tradicional aqui já referida (item I retro) no inciso XXXVI do seu artigo 5.º.

Além disso, ficou estabelecido que o poder constituído de revisão não poderá, mesmo que de modo tendencial, emendar a Constituição no sentido de abolir a

11. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, 6.ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982, vol. 1, pág. 131.

proteção aos direitos adquiridos (artigo 60, parágrafo 4.º, inciso IV), posto que incluído dentre os direitos e garantias individuais.

Por outro lado, sabe-se que, ao mesmo tempo, disposições da nova Constituição impuseram profundas modificações em situações jurídicas diversamente reguladas pela ordenação constitucional anterior, a exemplo das contidas no Ato das Disposições Constitucionais Provisórias com relação ao mandato do Presidente da República (art. 4.º) e a redução dos vencimentos e vantagens dos servidores públicos em dispositivo que, inclusive, expressamente exclui a possibilidade de invocação de direito adquirido (art. 17).

Daí a necessidade de bem se esclarecer a extensão da garantia da indenidade dos direitos adquiridos diante de uma nova Constituição, atentos aos postulados da segurança jurídica e da certeza do direito.

VII — Extensão da Garantia

Ao garantir a imunidade dos direitos adquiridos, conforme tradição do direito pátrio, o constituinte estatuiu, valendo-se da cláusula tradicional, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Bem, observando-se o texto, percebe-se que nele está contido um comando dirigido ao legislador, proibindo-o de, no exercício de sua atividade característica — de produção legislativa criadora e inovadora do direito —, regular situações com afronta a direitos já adquiridos por seus sujeitos titulares na vigência de legislação precedente.

Salta aos olhos, pois, que a restrição somente atinge o legislador ordinário, ou seja, somente a atuação legislativa infraconstitucional. No que diz respeito às normas constitucionais descabe qualquer invocação de direito adquirido, especialmente porque, como aqui abordado, as manifestações do Poder Constituinte originário caracterizam-se exatamente por sua autonomia e incondicionalidade, sendo, pois, um poder sem limites.

Não é por outra razão que, de maneira enfática, já se disse que “Não há direitos adquiridos contra a Constituição”¹². Realmente, as normas constitucionais incidem imediatamente, desconhecendo, de regra, as situações passadas, salvo quando expressamente estabeleça o contrário.

Se tal aspecto não bastasse, há de se considerar a supremacia das normas constitucionais sobre as demais, do que resulta a impossibilidade de se pretender contrapor às suas disposições direito adquirido com fundamento em norma inferior.

Lembre-se, ao respeito, a estrutura escalonada das normas jurídicas, em razão da qual as normas inferiores somente são válidas se encontrarem suporte de validade nas normas superiores. É que, consoante expressa Enterría, “Las normas constitucionales son, pues, ‘normas dominantes’ frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento”¹³.

Observa-se, contudo, que a preservação dos direitos adquiridos não impede sua modificação ou mesmo supressão por lei posterior à sua aquisição, apenas significan-

do que nessa atuação o legislador está restrito a produzir alterações para o futuro, uma vez que o direito que se tem por adquirido não é o de manutenção de um regime jurídico.

Várias são as manifestações do Supremo Tribunal Federal destacando a supremacia da Constituição, a exemplo das antigas decisões em que proclamou que “A isenção de impostos municipais concedida pelo Estado, quando podia fazê-lo, não subsiste em face de nova discriminação tributária feita pela Constituição”¹⁴ e que “O princípio constitucional do respeito ao direito adquirido não se aplica à fixação de vencimentos do funcionário público, salvo quanto aos estímulos vencidos”¹⁵.

Com efeito, a criação de uma nova ordem jurídica com a edição de uma nova Constituição produz a consequência de revogar, em princípio, toda a legislação editada sob a égide de Constituição anterior, vez que somente continuam em vigor as normas que, expressa ou tacitamente, guardem compatibilidade com a nova ordem constitucional, nisto residindo o fenômeno da recepção, pelo qual a legislação infraconstitucional, anterior e compatível com a nova ordem, é aproveitada, apenas passando a ter outro suporte de validade, exatamente a nova Constituição.

Excepcionando-se, pois, os próprios comandos constitucionais, que gozam de superioridade e supremacia sobre todo o restante do conjunto normativo, todo o complexo de normas e o legislador na sua ação criadora do direito devem respeito aos direitos adquiridos, o que significa o prestígio da nova ordem constitucional ao valor fundamental da segurança jurídica e obediência a um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito, já que assim positivado juridicamente o Estado brasileiro (art. 1.º da Constituição Federal de 1988).

VIII — Conclusões

1) É tradicional no direito constitucional brasileiro a adoção de princípios da irretroatividade das normas jurídicas e da preservação dos direitos adquiridos frente a inovações legislativas.

2) A Constituição de 1988 seguiu a tradição constitucional de proteção dos direitos adquiridos (art. 5.º, inc. XXXVI), acrescentando a vedação de emenda tendente a abolir a garantia (art. 60, parágrafo 4.º, inc. IV).

3) O poder constituinte originário tem como características principais o fato de ser inicial, autônomo e incondicionado, pelo que não se submete a quaisquer condicionamentos jurídicos, nem deve respeito a direitos garantidos por ordenação anterior.

4) As normas jurídicas, de regra, têm vigência e aplicabilidade imediata, sendo válidas se produzidas pelo órgão competente e conforme procedimento estabelecido em norma superior, que é seu suporte de validade.

5) A segurança jurídica é um dos princípios informadores e fundamentais da ordem jurídica, sendo indispensável a eficiência do Direito como instrumento regulador das condutas humanas.

12. CARLOS MAXIMILIANO, Comentários à Constituição Brasileira, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1954, vol. III, pág. 51, nota 7.

13. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, in *Hermenêutica e Supremacia Constitucional*, — El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento, na Rev. de Dir. Público, vol. 77, pág. 38.

14. Cf. R.E. n.º 14.360-MG, rel. Min. Edgar Costa, na R.D.A. vol. 24, abr./jun. 1951, págs. 57/61.

15. Cf. R.E. n.º 35.685-PB, rel. Min. Ribeiro da Costa, na R.D.A. vol. 54, out./dez. 1958, págs. 213/215.

6) A proteção constitucional dos direitos adquiridos impede que legislação contemporânea alcance direitos adquiridos anteriormente à sua edição, seguindo assim a orientação de que as leis não devem retroagir, mas somente regular situações a ocorrer no futuro.

7) A proibição constitucional de violação aos direitos adquiridos é um limite à atuação do legislador infraconstitucional apenas, não atingindo a atuação do poder constituinte originário, em razão de seus atributos característicos.

8) Em razão da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, não se admite invocação de direito adquirido contra normas constitucionais, que têm imediata aplicação e eficácia.

VIII — Conclusões

1) É fundamental no ordenamento jurídico brasileiro a garantia dos direitos adquiridos, pois eles representam o núcleo essencial da liberdade individual e da segurança jurídica.

2) A Constituição de 1988 reforçou a proteção dos direitos adquiridos, estabelecendo limites à atuação do poder legislativo e do executivo.

3) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consolidado a interpretação de que a proteção dos direitos adquiridos é uma garantia constitucional essencial.

4) A doutrina jurídica brasileira reconhece a importância dos direitos adquiridos para a manutenção da ordem jurídica e da liberdade individual.

5) A proteção dos direitos adquiridos é uma garantia constitucional essencial, que deve ser respeitada por todos os poderes do Estado.

